

Internet portalen niet aansprakelijk voor de verspreiding van beledigende – maar niet “duidelijk onrechtmatige” – commentaren van gebruikers

Eva Lievens en Dirk Voorhoof

Op 2 februari 2016 heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) geoordeeld dat een platform voor online zelfregulering (*Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete, MTE*) en een internet nieuwsportaal (*Index.hu Zrt*) niet aansprakelijk konden worden gesteld voor beledigende commentaren die door gebruikers op hun respectievelijke websites werden geplaatst. De vulgaire en kwetsende opmerkingen waren op de websites van MTE en Index.hu Zrt gepost als reactie op een opiniestuk waarin kritiek werd geuit op de onethische en misleidende handelspraktijken van twee vastgoedwebsites. Het Europees Hof is van mening dat het aansprakelijk stellen van MTE en Index.hu Zrt voor deze commentaren door de Hongaarse rechtbanken een schending inhoudt van artikel 10 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Volgens het EHRM waren de gewraakte uitingen immers niet “*clearly unlawful*” en hoefden MTE en Index.hu Zrt daarom niet zelf pro-actief in te grijpen. Dit arrest is het eerste waarin de principes die naar voor werden geschoven in het controversiële arrest *Delfi t. Estland*¹ werden uitgetest.

Het Delfi perspectief

Het *Delfi*-arrest van de Grote Kamer van 16 juni 2015 achtte het monitoren en verwijderen van gebruikerscommentaar op initiatief van een online platform met gebruikersgegenereerde inhoud (GGI) noodzakelijk om de rechten van anderen te beschermen, tenminste in zaken waarin *hate speech* en het aanzetten tot geweld centraal staan. Het Hof beperkte weliswaar de impact van de uitspraak door te verduidelijken dat dit enkel het geval is voor “*hate speech*” en “*clearly unlawful content*” die een directe bedreiging inhoudt voor de fysieke integriteit van individuen, en slechts geldt voor professionele, commercieel geëxploiteerde nieuwsplatformen met GGI. De vraag rees hoe het Hof zou oordelen over de aansprakelijkheid van online platformen in andere omstandigheden.

De zaak *MTE en Index.hu Zrt t. Hongarije* bood het Hof de gelegenheid deze vraag te beantwoorden en de draagwijdte van het *Delfi*-arrest te verduidelijken.²

Het EHRM benadrukt verschillen met Delfi en neemt wat gas terug

Verwijzend naar *Delfi* stelt het Hof vast dat de bepalingen van het Hongaarse Burgerlijk Wetboek ertoe leiden dat het voor een operator van een groot internet nieuwsportaal (Index.hu Zrt) en voor een zelfregulerend orgaan voor internet *content* aanbieders (MTE) te voorzien was dat zij in principe aansprakelijk kunnen worden gesteld voor onwettige commentaren van derden. De inmenging was dus voorzien bij wet, zoals vereist in de tweede paragraaf van artikel 10 EVRM.

¹ EHRM (Grote Kamer) 16 juni 2015, *Delfi AS t. Estland*, Appl. no. 64569/09. Zie hierover D. VOORHOOF, “De aansprakelijkheid van online nieuwsplatforms na Delfi. Online nieuwsplatform dat nalaat manifest schadelijke gebruikersinhoud proactief weg te filteren riskeert aansprakelijkheid”, *Mediaforum* 2015/5, 194-204. Zie ook D. VOORHOOF, “ISP of online uitgever. Delfi naar de Grote Kamer?”, *Mediaforum* 2014/1, 1

² Zie ook <http://echrblog.blogspot.dk/2016/02/offensive-online-comments-new-ecthr.html>.

De cruciale vraag was of deze inmenging in de vrijheid van meningsuiting in het belang van de “bescherming van de goede naam of de rechten van anderen” noodzakelijk was in een democratische samenleving. Opnieuw refererend naar de uitspraak in *Delfi*, bevestigt het Hof dat internet nieuwsportalen in principe een zekere verantwoordelijkheid moeten opnemen. Deze “*duties and responsibilities*” kunnen wel verschillen van die van een traditionele uitgever, in het bijzonder met betrekking tot de inhoud die wordt aangeleverd door derden. Het Hof is van mening dat de huidige zaak verschilt van *Delfi*: hoewel de geplaatste commentaren wel beledigend en vulgair waren, zijn ze niet duidelijk onrechtmatig of “*unlawful*”, en kunnen ze zeker niet gekwalificeerd worden als “*hate speech*” of het aanzetten tot geweld, zoals in *Delfi* wel het geval was. Vervolgens past het Hof een aantal criteria toe uit haar gevestigde rechtspraak, met name (1) de context en inhoud van de commentaren in kwestie, (2) de aansprakelijkheid van de auteurs van deze commentaren, (3) de maatregelen die werden genomen door de website beheerders en het gedrag van de beledigde partij, (4) de gevolgen van de commentaren voor die laatste, en (5) de gevolgen van de inmenging in de expressievrijheid voor de eisers.

Het Hof overweegt dat de Hongaarse rechtbanken, bij hun oordeel in verband met de aansprakelijkheid van MTE en Index.hu Zrt de conflicterende rechten (met name de vrijheid van meningsuiting van de eisers, en het recht op bescherming van de goede naam van de vastgoedwebsites) niet op een correcte manier tegen elkaar hebben afgewogen. Volgens het Hof zijn de commentaren gerelateerd aan een zaak van publiek belang, geuit in de context van een geschil over het beleid van een vastgoedbedrijf dat als schadelijk werd ervaren voor een aantal klanten. De uitdrukkingen die worden gebruikt in de commentaren zijn, aldus het Hof, hoewel weinig stijlvol, gangbaar in de communicatie op vele internet portalen. Dit zorgt ervoor dat de impact ervan kleiner is.

Het Hof beschouwt het aanbieden van een platform met GGI tegelijk als een bijzondere vorm van journalistieke activiteit. Refererend naar eerdere rechtspraak, poneert het Hof:

“Even accepting the domestic courts’ qualification of the applicants’ conduct as “disseminating” defamatory statements, the applicant’s liability is difficult to reconcile with the existing case-law according to which “punishment of a journalist for assisting in the dissemination of statements made by another person in an interview would seriously hamper the contribution of the press to discussion of matters of public interest and should not be envisaged unless there are particularly strong reasons for doing so”” (§ 79).

Het Hof stelt verder vast dat de eisers bepaalde maatregelen hebben genomen om het posten van lasterlijke commentaren op hun portalen te voorkomen of deze te verwijderen. Beide eisers hadden in hun algemene voorwaarden een disclaimer opgenomen en hadden een “*notice-and-take-down*” systeem geïmplementeerd, dat elke gebruiker toelaat onrechtmatige commentaren te signaleren aan de operator, zodat deze kunnen worden verwijderd. MTE en Index.hu Zrt toch aansprakelijk stellen zou het recht ondermijnen om meningen te uiten en informatie te delen op het internet. Het Hof overweegt dat de

“domestic courts held that, by allowing unfiltered comments, the applicants should have expected that some of those might be in breach of the law. For the Court, this amounts to requiring excessive and impracticable forethought capable of undermining freedom of the right to impart information on the Internet” (§ 82).

Het Hof wijst er ook op dat de benadeelde partij

“never requested the applicants to remove the comments but opted to seek justice directly in court – an element that did not attract any attention in the domestic evaluation of the circumstances. Indeed, the domestic courts imposed objective liability on the applicants for “having provided space for injurious and degrading comments” and did not perform any examination of the conduct of either the applicants or the plaintiff” (§ 83).

Het Hof benadrukt verder dat er een verschil is tussen de commerciële belangen van en de reputatieschade voor een onderneming en de waardigheid en morele dimensie die verbonden is aan de reputatie van een individu :

“Whereas the latter might have repercussions on one’s dignity, for the Court interests of commercial reputation are primarily of business nature and devoid of the same moral dimension which the reputation of individuals encompasses” (§ 83).

Er waren bovendien al onderzoeken lopende aangaande de handelwijze van de onderneming in kwestie. Het Hof is er ook niet van overtuigd dat de commentaren een bijkomende en significante impact zouden kunnen hebben op het gedrag van consumenten.

Volgens het Hof kan het aansprakelijk stellen van internetportalen voor uitingen van derden negatieve gevolgen hebben op de commentaarsecties van die portalen, en kan dit zelfs leiden tot het volledig afsluiten ervan. Dit kan aldus het Hof, *“have, directly or indirectly, a chilling effect on the freedom of expression on the Internet”* (§ 86), hetgeen bijzonder nadelig zou kunnen zijn voor niet-commerciële websites zoals die van MTE.

Het Hof meent dat de Hongaarse rechtscolleges niet hebben beoordeeld hoe de toepassing van de civielrechtelijke aansprakelijkheid op een operator van een nieuwsportal de vrijheid van meningsuiting op het internet beïnvloedt. Zij hebben dus de belangen van de expressievrijheid te weinig betrokken in de afweging met het recht op reputatie van de twee vastgoedwebsites. Het Hof formuleert het zo:

“(..) the Court cannot but observe that the Hungarian courts paid no heed to what was at stake for the applicants as protagonists of the free electronic media. They did not embark on any assessment of how the application of civil-law liability to a news portal operator will affect freedom of expression on the Internet. Indeed, when allocating liability in the case, those courts did not perform any balancing at all between this interest and that of the plaintiff. This fact alone calls into question the adequacy of the protection of the applicants’ freedom-of-expression rights on the domestic level” (§ 88).

Tenslotte verwijst het Hof nog een laatste keer naar *Delfi*, waarin werd geoordeeld dat een *notice-and-take-down* systeem met effectieve procedures die een snelle reactie mogelijk maken in vele zaken kan functioneren als een geschikt mechanisme om de rechten en belangen van verschillende partijen tegen elkaar af te wegen. Het Hof vindt dat een dergelijk systeem een werkbaar instrument kan zijn om de commerciële reputatie van de verweerders te beschermen. Wel wordt benadrukt dat wanneer commentaren van derden *“hate speech”* of *“direct threats to the physical integrity of individuals”* bevatten, de rechten en belangen van anderen en van de maatschappij bepaalde vormen van overheidsinmenging kunnen legitimeren. Dit kan aanleiding geven tot het aansprakelijk stellen van internet nieuwsportalen die geen maatregelen hebben genomen om *“clearly unlawful”* commentaren

onverwijld te verwijderen, zelfs wanneer zij daar geen melding over hebben ontvangen van het slachtoffer of van anderen. *In casu* was er echter geen sprake van dergelijke commentaren.

Het Hof besluit unaniem dat in de omstandigheden die voorliggen er een schending kan worden vastgesteld van artikel 10 EVRM.

Commentaar

In *Delfi* werden op het nationale niveau de gewraakte uitingen beschouwd als vernederende en lasterlijke beledigingen, die afbreuk deden aan de eer, waardigheid en goede naam van een individu. Het Europees Hof herkwalficeerde de lasterlijke en beledigende commentaren echter als *hate speech*, rechtstreeks aanzettend tot geweld en bedreigend voor de fysieke integriteit van een persoon. De vraag rijst waarom de Grote Kamer de commentaren zelf zonodig herkwalficeerde, en waarom de Grote Kamer, zoals in *MTE en Index.hu Zrt t. Hongarije*, niet oordeelde dat *“regard must be had to the specificities of the style of communication on certain Internet portals”* en dat de wijze van het zich uitdrukken op het *Delfi*-platform kon beschouwd worden als *“common in communication on many Internet portals”* was (§ 77). Hoe dan ook waren een aantal van de beledigende uitingen in de *Delfi*-zaak grofgebekt en vulgair, maar zeker geen aanzet tot geweldpleging tegen de geviseerde persoon. Toch werden ze alle over dezelfde kam geschoren door de Grote Kamer, terwijl nu blijkt welke verregaande implicaties verbonden zijn aan het onderscheid tussen grof-beledigende online commentaren en uitingen van GGI die als *“hate speech”* te beschouwen zijn en daardoor *“manifestly unlawful”*.

Waar in *Delfi* de Grote Kamer het commerciële en professioneel gerunde karakter van het Estse online nieuwsportaal benadrukte (§§ 115, 144, 158 en 162) als legitimatie voor de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid, hecht het EHRM in *MTE en Index.hu Zrt t. Hongarije* veel minder belang aan deze eigenschappen om de aansprakelijkheid van een website voor GGI te beoordelen. Het arrest van 2 februari 2016, dat ondertussen definitief is, verbindt inderdaad geen doorslaggevende gevolgen aan de uiteenlopende kenmerken van de online platformen in kwestie: *Index.hu Zrt* situeert zich binnen een commercieel bedrijf en is één van de grootste internet nieuwsportalen in Hongarije, terwijl *MTE* een niet-commerciële website is van een zelfregulerend orgaan van internet *content* aanbieders. Wat dus een cruciaal element scheen te zijn in *Delfi*, wordt niet als relevant beschouwd in *MTE en Index.hu Zrt t. Hongarije*.

In *Delfi* benadrukte de Grote Kamer ook het feit dat het nieuwsportaal had verzuimd voldoende maatregelen te nemen om *“clearly unlawful comments”* onverwijld te verwijderen na publicatie, hoewel de *Delfi*-website wel enkele mechanismen had geïmplementeerd om bepaalde inhoud te weren of zo snel mogelijk op het spoor te komen in functie van snelle verwijdering. In de huidige zaak erkent het Hof dat er maatregelen werden genomen door de eisers om de publicatie van lasterlijke uitingen te voorkomen of dergelijk commentaar te verwijderen. Bovendien beklemtoont het Hof dat in veel gevallen een *“notice-and-take-down-system”* een geschikte manier kan zijn om de aansprakelijkheid van tussenpersonen te bepalen (§ 91). Deze laatste vaststelling reflecteert een overweging van de Grote Kamer in *Delfi* waarin werd gesteld dat:

“If accompanied by effective procedures allowing for rapid response, this system (of notice-and-take-down) can in the Court’s view function in many cases as an appropriate tool for balancing the rights and interests of all those involved” (§ 159).

De Grote Kamer vervolgde:

"However, in cases such as the present one, where third-party user comments are in the form of hate speech and direct threats to the physical integrity of individuals, as understood in the Court's case-law (..), the Court considers, as stated above (..), that the rights and interests of others and of society as a whole may entitle Contracting States to impose liability on Internet news portals, without contravening Article 10 of the Convention, if they fail to take measures to remove clearly unlawful comments without delay, even without notice from the alleged victim or from third parties" (§ 159).

In *MTE en Index.hu Zrt t. Hongarije* herhaalt en bevestigt het Hof dus letterlijk één van de meest cruciale overwegingen van het Grote Kamer-arrest in *Delfi t. Estland*. Wanneer het gaat over *hate speech* en rechtstreeks aanzetten tot geweld tegen individuele personen, kunnen nieuwsportalen aansprakelijk worden gesteld als zij nalaten onrechtmatige commentaren onverwijld te verwijderen, zelfs zonder enige melding. Omdat in *MTE en Index.hu Zrt t. Hongarije* de commentaren niet van die aard waren is er inderdaad geen reden om de operatoren van de portalen aansprakelijk te stellen. In dergelijke gevallen volstaat het dat de operator voldoende voorzorgsmaatregelen heeft genomen en zich als een verantwoordelijke en toegewijde tussenpersoon heeft gedragen door een efficiënt *notice-and-take-down* systeem te installeren. In dergelijke omstandigheden vereist een democratische maatschappij niet dat de operatoren van de websites aansprakelijk worden gehouden voor kwetsende, maar niet duidelijk onrechtmatige of niet manifest strafbare inhoud die op hun platformen wordt geplaatst door gebruikers.

Het blijft echter problematisch dat om *hate speech* of uitingen die rechtstreeks tot geweld aanzetten te detecteren, er een systeem moet worden geïnstalleerd om alle GGI te pre-monitoren. Enkel een dergelijk systeem zal een operator in staat stellen om onverwijld en zonder enige melding van anderen dit type uitlatingen te verwijderen. Komt zo'n verplichting om geposte commentaren te pre-monitoren of filteren niet neer op een mechanisme dat het Europees Hof onverenigbaar acht met de vrijheid van meningsuiting op het internet, aangezien dit *"excessive and impracticable forethought capable of undermining freedom of the right to impart information on the Internet"* vereist (§ 82)? Daarenboven zullen de meeste platformen waarschijnlijk niet in staat zijn om te voldoen aan een verplichting om alle commentaren te pre-monitoren, en zullen zij mogelijk ten gevolge daarvan beslissen om derden niet meer de mogelijkheid te geven om commentaar te geven. Dit is echter net wat het Hof niet wenselijk acht (zie § 86 van het arrest), aangezien een dergelijk gevolg een rechtstreeks of onrechtstreeks *"chilling effect"* kan hebben op de vrijheid van meningsuiting op het internet. De uitspraak in *MTE en Index.hu Zrt t. Hongarije*, en zelfs de eindbeslissing dat *in casu* artikel 10 EVRM werd geschonden, zal internet nieuwsportalen niet behoeden voor een dergelijk *chilling effect*. Integendeel. Het in stand houden van de mogelijkheid dat operatoren van portalen juridisch aansprakelijk worden gesteld voor *"clearly unlawful"* commentaren, zelfs wanneer deze snel na effectieve kennisname van hun illegaal karakter worden verwijderd, kan ertoe leiden dat te veel "schijnbaar" of "mogelijk" illegale inhoud wordt verwijderd en dat faciliteiten voor het *posten* van commentaren worden afgeschaft. De vage notie *"clearly unlawful comments"* en de druk op private actoren om alle commentaren te pre-monitoren en bepaalde daarvan te verwijderen, zonder duidelijke criteria, transparantie noch procedurele waarborgen bedreigen het recht op vrijheid van meningsuiting op het internet.

Zelfs indien de Vierde Sectie van het EHRM geprobeerd heeft de problematische gevolgen van de *Delfi*-benadering te matigen, toch bevestigt de uitspraak in *MTE en Index.hu Zrt t. Hongarije* het hanteren van *notice-and-take-down* systemen waarbij private online platformen eenzijdig beslissen over de rechtmatigheid van inhoud. Deze benadering dreigt het Europees Hof te isoleren, want in verschillende

jurisdicties worden tussenpersonen slechts aansprakelijk geacht voor illegale inhoud wanneer zij geen actie hebben ondernomen na beslissingen over de onrechtmatigheid door een rechter, een rechtbank of een andere onafhankelijke instantie.³ Tussenpersonen zijn minder goed geplaatst dan rechtbanken om de (on)rechtmatigheid van commentaren op hun websites te beoordelen. Met name het kwalificeren van uitlatingen als *hate speech* is een bijzonder moeilijke en delicate oefening, niet enkel voor nationale rechtbanken, maar ook voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Dit kan worden geïllustreerd door de rechtspraak van het Hof zelf. Meerdere zaken waarin de vraag of er sprake was van *hate speech* centraal stond resulteerden in verdeeldheid onder de rechters (bijvoorbeeld *I.A. t. Turkije*⁴; *Lindon, Otchakovsky-Laurens en July t. Frankrijk*⁵; *Féret t. Belgium*⁶ en *Perinçek t. Zwitserland*⁷; zie ook *Vejdeland e.a. t. Zweden*⁸, in het bijzonder de discussie in de *concurring opinions*). Bovendien is er momenteel een gebrek aan transparantie omtrent beslissingen van online platformen en bevatten de procedures die aan dergelijke beslissingen ten grondslag liggen weinig tot geen procedurele waarborgen voor degene wiens vrijheid van meningsuiting op het spel staat.

Het ziet er echter naar uit dat de trend om private actoren in te schakelen in het beoordelen van *hate speech* ook in stijgende mate door de Europese Commissie wordt beschouwd als een efficiënt mechanisme om dit fenomeen aan te pakken. Op 31 mei 2016 lanceerde de Commissie, samen met een aantal grote technologiebedrijven zoals Facebook, Twitter, YouTube en Microsoft, een gedragscode waarin deze laatste zich engageren om meldingen van *hate speech* binnen de 24 uur te bekijken én eventueel actie te ondernemen om – volgens hen – illegale inhoud te verwijderen of de toegang ertoe te blokkeren. Ook in het recente Commissievoorstel tot herziening van de Richtlijn Audiovisuele Mediadiensten zijn bepalingen opgenomen die aan *video-sharing platforms* waar GGI wordt opgeladen (zoals bijvoorbeeld YouTube) de verplichting opleggen om maatregelen te nemen om burgers te beschermen tegen *content* die aanzet tot geweld of haat. Ook in dit kader wordt melding gemaakt van het installeren van meldings- of rapporteringsmechanismen voor dergelijke inhoud. Tegelijkertijd benadrukt het voorstel wel dat er rekening moet worden gehouden met de Richtlijn Elektronische Handel en meer specifiek artikel 15 dat verhindert dat tussenpersonen, zoals *hosting* aanbieders, zouden worden verplicht om algemene monitoringsystemen te implementeren om actief illegale inhoud op te sporen.

We kunnen besluiten, citerend uit de *concurring opinion* van rechter Küris, dat “*there will inevitably be other cases dealing with liability for the contents of Internet messages and the administration thereof.*”

³ Zie het rapport van de UN Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, 11 mei 2016: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/FreedomOpinion/Pages/PrivateSectorintheDigitalAge.aspx>, en ook https://www.article19.org/data/files/Intermediaries_ENGLISH.pdf; <https://www.article19.org/data/files/medialibrary/38295/submission-on-online-platforms.pdf>; <https://www.article19.org/data/files/medialibrary/38356/Tamiz-v-UK---Third-party-intervention-for-Article-19.pdf>. Zie eveneens de vergelijkende studie uitgevoerd in opdracht van de Raad van Europa: Swiss Institute of Comparative Law, *Filtering, blocking and take-down of illegal content on the Internet*, 20 december 2015, <http://www.coe.int/en/web/freedom-expression/study-filtering-blocking-and-take-down-of-illegal-content-on-the-internet>.

⁴ EHRM 13 september 2005, *I.A. t. Turkije*, Appl. no. 42571/98.

⁵ EHRM (Grote Kamer) 22 oktober 2007, *Lindon, Otchakovsky-Laurens en July t. Frankrijk*, Appl. nos. 21279/02 en 36448/02.

⁶ EHRM 16 juli 2009, *Féret t. Belgium*, Appl. no. 15615/07.

⁷ EHRM (Grote Kamer) 15 oktober 2015, *Perinçek t. Zwitserland*, Appl. no. 27510/08.

⁸ EHRM 9 februari 2012, *Vejdeland e.a. t. Zweden*, Appl. no. 1813/07.

Today, it is too early to draw generalising conclusions. One should look forward to these future cases, with the hope that the present judgment, although it may now appear to some as a step back from Delfi AS, will prove to be merely further evidence that the balance to be achieved in cases of this type is a very subtle one". We kunnen enkel hopen dat het Europees Hof er in de toekomst in zal slagen dit subtiel evenwicht te vinden, rekening houdend met het feit dat de verplichting om bepaalde types GGI op online platformen te pre-monitoren, filteren en verwijderen een "*excessive and impracticable burden*" oplegt aan operatoren en het risico inhoudt dat zij gedwongen worden een monitoring systeem te installeren dat de vrijheid om informatie te verspreiden op het internet ernstig kan ondermijnen.

Eva Lievens

Universiteit Gent (Vakgroep Metajuridica, Privaat- en Ondernemingsrecht en Human Rights Centre) en lid van de Vlaamse Regulator voor de Media (VRM)

Dirk Voorhoof

Human Rights Centre, Universiteit Gent, Universiteit Kopenhagen, en lid van de Executive Board van het European Centre for Press and Media Freedom (ECPMF)